POR EL COLEGIO MAYOR DE SEVILLA EN EL PLEYTO EXECVTIVO,

que contra ſus bienes ſigue Ana Hernandez viuda de Auguſtin Diaz deſpenſero, que fue de el dicho Colegio.

1 VIENDO ſeruido de deſpenſero el dicho Auguſtin Diaz a el Colegio por tiempo de ſeys años, y mas, antes de ajuſtar quenta con el Colegio; tuuo negociacion con vn Colegial del dicho Colegio, para que a nombre de el Colegio, y diziendo ſer Rector de el le otorgaſſe cierta eſcritura en que hizo relacion eſtauan ajuſtadas quentas por el Colegio, y que por ellas era alcançado por el dicho Auguſtin Diaz en tres mil y tantos reales, los quales ſe obligó a pagarle a nombre de el colegio obligando ſus bienes. De la qual eſcritura no tuuo noticia en manera alguna el colegio, auiendoſe otorgado por el año de 38. haſta que por el año de 40. executò a el colegio el dicho Auguſtin Diaz. Alegòſe en forma de nulidad de el inſtrumento, por no eſtar otorgado por el colegio, ni perſona legitima que lo pudieſſe obligar, por no auer ſido Rector ni Vicerector el dicho colegial. Y porque, caſo que huuiera ſido lo vno, o otro, el por ſi, y ſin todo el colegio, o por lo menos ſin tres conſiliarios no pudo obligar a el colegio, y ſin embargo de que del hecho y derecho conſtò notoriamente cayò ſentencia de remate, contra la qual a dicho el colegio de nulidad, è injuſticia notoria, pidiendo que como tal ſe declare, o ſe admita ſu appelacion llanamẽte quo

ad vtrumq; effectum, reponiendo el apremio despachado, y alçando los embargos hechos, la qual pretension se justifica ex sequentibus.

2 Para que valga qualquiera acto hecho por comunidad, y mas en negocio tan prejudicial, y graue como es ajustar quenta a vn despensero de tiempo de seys años, y que en cada vno entran en su poder mas de tres mil ducados, y para obligarse, y mas en tanta cantidad como la de esta execucion; es necessario que se hallen presentes todos los que componen la comunidad, o por lo menos que ayan sido citados solemnemẽte todos, y que se hallen presentes las dos partes, ita Dominus Amaya in l. *nominationum* 46 C. de decurionibus n. 5. Bobadilla lib. 3. cap. 7. n. 14, Curia Philipica . 1. p. §. 1. n. 15. & 23. Monterroso tractatu 7. de escripturas publicas fol. 153. col. 1. ibi, *Todas juntas las que eran conuentuales de el dicho cõuento.* Et fol. 159. col. 1. ibi, *Que dixeron ser la mayor parte.* Et col. 2. *Que somos todas, o la mayor parte.* Thom. de Palomares nouissimè en su nueuo estilo de escrituras publicas, fol. 126 col. 1. Y assi para que valiera la escritura deste pleito era necessario se hiziesse con la dicha solẽnidad, y aun con mayor, conuiene a saber, auisando ante diem a todo el colegio, vt in constitutione 26. ibi, *Statuimus, quod quotiescumque aliquid graue, & magnæ importantiæ expediẽdum occurrerit, Rector die, vel nocte præcedenti de facto illo occurrenti singulos de colegio faciat certiores, & sequenti die hora opportuna per sonum campanulæ, eos faciat conuocare.* Y nada de esto se hizo, ni aũ se refiere en la escritura auerse hecho; y siendo esta forma precisa tanto por derecho comun, quanto por ley municipal notoria es la nulidad.

3 Y aunque es verdad que la dicha constitucion 26. pone vna excepcion de la dicha regla, ibi *Leuiora verò expediet Rector cum suis consiliarijs ne collegium crebro vexetur, atq; in Studio perturbetur.* Esta excepcion no se ajusta a el caso presente porque no huuo Rector, como dicho es, y porque los consiliarios son tres, vt in constitutio. 7. Y a la escriptura solo se hallaron dos, y porque aunque la escriptura no fuera de cantidad tã considerable, y mucho mas por causar ajustamiento de vna quenta tan larga, y de

sum

summas tan grandes, que si se ajusta, es posible, que el colegio alcance al despensero en mucha mas cantidad que se fin je fue alcançado: aunque cesara pues todo, solo el acto de obligarse se reputa por cosa de summo perjuicio, y ansi aunque el derecho permite a el pupilo meliorẽ conditionem suã facere, en todos los casos, que esto es compatible con no obligarse, se lo niega en el caso, que non potest hoc contingere absque eo, quod obligetur: vt in additione hæreditatis l. more. 8. ff. de acquirend. vel amitend. hæred. ibi: *More nostræ ciuitatis neq; pupillus, neque pupilla sine tutoris authoritate obligari possunt; hæreditas autem quin obliget nos æri alieno, etiam si non sit soluendo, plusquam manifestum est.* tex. in §. 3. inst. de auth. tut. ibi: *Quamuis illis lucrosa sit.* Luego obligarse el colegio siempre se deue reputar negocio grauissimo; luego todo el colegio deuio interuenir. Luego si no interuino, ni Rector y consiliarios, en ninguna manera se ~~colige~~, fuese negocio graue, o no el presente. obligo

4 Es necessario tambien para que valgan los actos de comunidad, que esta se junte por mandado del superior, & aliter acta corruũt. Ita D. Amaia vbi supr. n. 10. Bobadilla n. 11. Curia Philipica, n. 13. Luego aunque se juntasse toda la comunidad, fuera nulo el acto, por no auerse juntado por llamamiento del Rector, pues consta, que quien llamô, y juntò, fue vn colegial, que consta tambiẽ que no era Rector, ni Vecerector, porque aunque estuuiera ausente el Rector, no pudo ser Vicerector, porque para esto era necessario, que fuese consiliario, y mas antiguo, vt in constitutione 30. ibi, *Item ordinamus, & statuimus quod si Rector ex aliqua legitima causa à collegio discesserit, antiquior ex consiliarijs loco Rectoris subrogetur.* Y consta tambien, que no era consiliario. Lo qual supuesto manifiesto es, que fue otorgada con simulacion la escritura, pues aun en esto se hizo relacion tan siniestra. Luego manifiesta es su nulidad, ex traditis á Rodrig. de execut. cap. 6. num. 24. ibi: *Octauo obseruandum est, exceptionem falsitatis, ac simulationis contractus admiti ad impediendam executionem.* Et infra: *Vnde cum falsitas sit mutatio veritatis ex certa scientia, & dolose cōmissa.* De la qual simulacion forçosamente huuo de ser sabidor el despensero, porque como

mo tal bien sabia quien era Rector, y que a el colegio, y por lo menos a el Rector, y los tres consiliarios pertenecia ajustar la quenta, pues otras se le aurian tomado en espacio de ocho años, que auia sido despensero; y assi de la vna y otra parte huuo mucha malicia, que no es bien le valga, ni prejudique al colegio.

5 Y no basta auerse llamado Rector en la escritura para que se presuma, que lo fue; porque no se admite presumpcion, ni conjectura; quando consta de la verdad. Y porque aunque no constara, supuesto, que no se haze fe en la escritura, de que fuesse tal Rector, ni de que se juntasse todo el colegio, aunque assi se diga en ella narratiuamēte, no se deue creer, ni hazer fe; ni se juzga por bastante miētras no hiziesse fe el escriuano de lo susodicho. Ita Bartolus in l. fin. C. de prædijs Decurionum n. 4. ibi: *Vnde facit quod non sufficit in instrumentis, si dicatur conuocatis, & ordinatis decurionibus ad sonum campanæ, &c. sed requiritur quod dicatur in quo fuerunt omnes aut maior pars.* Alexander consilio 1. n. 4. lib. 4. ibi: *Secundo, quia narratur in scripturis mihi exhibitis fol. 4. quod in dicto instrumento continetur, quod interuenerunt consiliarij 34, vltra dominum Commissarium, quod non sufficit, quia notarius debet exprimere, quod duæ partes ex tribus partibus consiliariorum interuenerunt.* Rolandus à Valle consilio 90. n. 7. volum. 1. Menchaca lib. 2. illustrium quæstionum cap. 30. n. 33. ibi: *Quid autem si in instrumento dicebatur canonicos talis Ecclesiæ talem procuratorem constituisse, & quid si id dicebant testes, communis opinio esse videtur, non videri suficienter probatum, quod id rite factum fuerit, quasi verbum illud indefinitum non arguat necessario omnes Canonicos illud mandatum dedisse, cum in duobus tantum verificetur.* Monterroso vbi sup. n. 2. Y no solo es justa la excepcion de legitimacion de persona, pero es de las que en primero lugar admite la via executiua ita Rodrig. de execut. cap. 6. n. 6. ibi: *Primo igitur obseruandum est, executionem impediri si aduersus eam opponatur exceptio solemnitatis contractus non seruatæ, ex defectu legitimationis personæ, vt puta si opponatur obligationem, aut contractum à filio familias fuisse celebratum sine licentia patris, &c.* Paz in praxi, 4. par. to. 1. cap. 3. n. 4. fol. 100. Y añado mas que la excepcion de legitimacion de instrumento es tal que opuesta por el reo, es a cargo del actor probar la legitimacion aunque la

Ajus-

3

6 Ajustada pues la nulidad del instrumento, està conocida la nulidad, è injusticia notoria de la sentencia, pues se refiere, y funda solo en el dicho instrumento nulo, ita Salgado de Regia protectione 4. p. cap. 13. n. 50. ibi: *Et hinc etiam prouenit, quod quotiescumque ex ventre instrumenti, cuius vigore executiue agitur, oritur defensio & exceptio nulitatis, tūc suspēditur executio, quam ipsa legitima nulitatis exceptio impedit: & ratio est quia nulitas instrumenti reddit probationem nullam; qua sublata nō potest constare de obligatione, quæ quidem exceptio admitenda est, quando scilicet oritur ex ventre instrumenti, & sententiæ, etiam si requirat altiorem indaginem, quia talis exceptio nulibi censetur exclusa.* cap. veniens, 3. de præsbitero non baptizato ministrante, ibi. *Quoniam vbi fundamentum non est, super ædificari non potest.* cap. Daibertum 24. 1. q. 7. ibi: *Quia nihil habuit, nihil dare potuit.* lege 11 tit. 22. p. 2. Idem Salgado 4. p. cap. 7. n. 100. ibi: *Quia tunc sententia, seu instrumentum loquitur, & producitur, præsentaturque cum sua exceptione.* Azebed. consil. 23. n. 26 & 33. ibi. *Hic tamen sententiæ se ad acta processus referunt, & sufficit, si generaliter tantum se referant,* & n. 36. Didacus Perez in l. 4. tit. 8. lib. 3. Ordin. fol. 631. ver. *Exceptio nullitatis,* ibi, *Quia ex nullo nihil gigni potest, nec effectus executionis produci.* Rodrig. de execut cap. 2. n. 16. ibi: *Et contractu principali anullato, & omnia in eo contenta anullari necesse est, ac per consequens nullo existente contractu, vel instrumento, nulla est guarentigia clausula in eo cōprehensa.* Sed nouissime, & indiuidualissime Gomez Bayo in praxi. lib. 2. q. 144. per totam, ibi: *Y si la notoria injusticia, y causa falsa allegada por fundamenro de la sentencia, es nulidad bastante para declararla por nula.* &c. Y trae el texto capital. nēpe cap. *inter cæteras*, 9. de senten. & re iudi.

7 Y quando no constasse notoriamente de la nulidad de la sentencia, por lo menos consta notoriamente de la injusticia, y esto basta para el caso presente, porque todas las vezes que la sentencia es exequible, o por su naturaleza, o por auer pasado en cosa juzgada, constando notoriamente de su injusticia, no se deue executar, antes se deue admitir la apelaciō quoad vtrumq; effectum, ita indiuidualiter latissimè, & doctissime Salgado de Regia protec. 3. p. cap. 9 à n. 18. & 4 p. cap 7. n. 37. Rodriguez de executione cap. 6. n. 52. §. *alter casus est,* que es el segundo en que tiene ex-

cepcion la doctrina del num. 51. en el qual estatuye, que solo se otorga la apelacion en las vias executiuas quoad effectum devolutivũ, nisi constet de notoria iniustitia, Azebed. consilio 23, n. 29. & 32. Zauallos to. 5. q. fi. n. 4. & 5. ibi: *Vbi dicit, quod etiam si causa executiua deferatur per viam violentiæ ad Curiam Regis, quod iudex faciet vim, exequendo sententiã de remate nullam, & iniustam, & idcirco omnia sunt reuocanda, quæ post legitimam appellationem executioni tradita sunt.* Et infra: *Et licet hæc doctrina verissima sit, & sine contradictione non potui mouere animum iudicis in quadam causa executionis, vbi sententia de remate erat nulla ex actis processus.* Et n. 6. define, que aun en estos casos de fuerça se puede juzgar de la causa principal por los juezes seculares conociẽdo si conforme a ella fue justa, o no la sentencia, concinit Gutier. lib. 1. pract, q. 120: n. 4 que por ser lugares tan copiosos de razõ, y autoridad, y tan indiuiduales no necesita este articulo de mas apoyo.

8 Solo resta ajustar si la injusticia de nuestro caso es notoria, de tal suerte, que se ajuste al caso de la doctrina referida, y sacarame deste empeño el mesmo Salgado dicta 3. p. cap. 9, n. 24, ibi: *Adnotare censui quod nulitas notoria in genere sumpta, prout est manifesta, & euidens diuiditur in tres species. Prima species est, quando nullitas potest incontinẽti probari, seu paratas habet probationes, ideo quod non requirit altiorem indaginem, & hæc appellationis notorietas, & manifesta impedit executionẽ vnius sententiæ siue priuilegiatæ sui natura, quia meretur exetutionem, vt in possessorijs, alimẽtis, obligatione camerali, & similibus, siue quia trãsit in rem iudicatam.* Et infra: *Quando tractatur de exequenda vnica sententia nullitatis exceptio impedit executionem, siue nullitas probetur euidenter ex actis, vel aliunde incontinẽti tamen.* Concinit Rodrig. de execut. cap. 6. n. 17. ibi: *Illud vero hac in re animaduertendum erit, quod quãuis exceptio hæc nullitas opponi valeat contra instrumentum nullum, & inualidũ, vt superius notauimus, & pariter aduersus sententiam, quæ nulla est ad eius executionem impediendam; id tamen intelligendum erit, quando hæc nullitatis obiectio breuiter, & incontinenti posset probari, neque eius cognitio requirit altiorem indaginem.*

9 El otro genero de injusticia, y nulidad notoria trata el mesmo Salgado n. 26. ibi: *Secunda species nullitatis euidentis illa est, quando ex parte illam proponentis nihil est probandum, vt quia*

ma-

manifesta est, notoria, & euidens, ex actis patens, & tunc si agitur de impedienda executione trium sententiarum conformium, hac sola notorietatis specie impeditur earum executio, cuius nullitatis probatio aliter quam ex eisdem actis non releuat quantũcumq; alia offeratur in continenti; apud quẽ pene innumeros videas; idem Rodriguez dicto cap. 6. n. 17. & 18. & n. 52. §. *Alter casus est.* Y omito la tercera especie de injusticia, y nulidad notoria, q̃ nota Salgado, porq no pertenece al caso presente.

10 Esta execucion pues se sigue en virtud de vna sola sentencia de remate; luego quãdo la injusticia no constara de los mesmos autos, sino solo se ofreciera in continenti probança della, bastara para impedir la execucion, y para admitir la apelacion quo ad vtrumq; effectum, luego mejor se deue admitir, quando la injusticia y nulidad q̃ se alega consta de los mesmos autos, pues es tal, que bastara para impedir la execucion, aun quando esta se siguiera de tres sentencias conformes.

11 Y aunq̃, como è dicho, en el caso presente bastara solo para el intento del Colegio, el remedio de la apelacion, q̃ tiene interpuesta vt dixi supra n. 7. sin valerse del otro remedio de nulidad, que parece es mas dificultoso: cõ todo me hà parecido ajustarlo, porq no parece auerse dudado, de q̃ sea notoria la nulidad, sino de ver si hà lugar de deducirla, ê insistir en ella en el estado q̃ tiene el pleyto, por auerse deducido esta mesma nulidad, al parecer, in corpore executionis, y a mi ver no solo no obsta este reparo, pero juzgo (saluo meliori iudicio, cui reuerenter aquiesco) q̃ en ninguna manera se puede dezir de nulidad contra sentẽcia de remate, sino es q̃ la tal nulidad se aya alegado, y probado antes de la sentencia, para ajustamiento de lo qual, y de que el mesmo juez q̃ pronunciô la sentencia sea cõpetente para conocer de la dicha nulidad en los terminos referidos, presupongo lo siguiente.

12 Lo primero, q̃ el juez à quo, o el sucesor en su jurisdiciõ sea juez cõpetente para conocer de la nulidad de la sentẽcia, juzgo q̃ es sin cõtrouersia ex traditis à Bald. cons. 440. n. 2. lib. 4. vbi specialiter loquitur de successore, Cardinalis Tuscus verbo *nullitas*, cõclus. 130. n. 3. Rodriguez de executione cap. 2. n. 33. Salgado de Regia protectione 4. p. cap.

7.

7.num.37. Gomez Bayo in sua Praxi quæstione 144.

13 Lo segũdo presupongo que la naturaleza de las sentencias de remate es tal, que regularmente (excepto el caso de notoriedad) solo se â de conocer, y juzgar de la justificaciõ dellas por los mesmos autos q̃ precedieron, y no por alegacion, o prouança nueua de tal suerte, que aunq̃ despues de la sentencia de remate se alegasse, probasse, o justificasse cosa, que hiziesse injusta la sentencia, sin embargo se deue cõfirmar, y aprobar, dũmodo tempore prolationis ex allegatis, & probatis iusta appareret: tradunt Parladorius, Couar. Gutierrez, & alij in numeri relati á Rodriguez de executione cap.6.n.51.vers. *Vnde*, ad mediũ, ibi: *Sed ipsius causæ cognitio ita summariè tractãda erit, vt ex eisdem actis causa definiẽda sit, quia semel executioni tradita sentẽtia, apud iudicẽ appellationis agendũ est, an iuxta formã à lege regia præscriptam fuerit facta executio: lex autẽ regia semel tantum, & intra decem dies probationem admitit: qua ratione quotiens qui apellat alegans non fuisse factam executionem secundum regiam dispositionem, grauamen hoc ex eisdem actis non ex nouis erit definiendum.*

14 De suerte que para que la excepciõ haga nula, o injusta la sentencia, es necessario, que se aya opuesto, y justificado antes della; porque no se pudo justificar sin auerse allegado, quia nihil alegare, vel allegata nõ probare, paria in iure nostro sunt. l. si manumisus 2. C. de libertis & eorũ liber. ibi: *Si in iudicio, vel apud pedaneos Iudices patroni quærela exorta, ingratũ eũ ostendat.* juzgò la ley ser necessario alegar, y prouar el agrauio, y no bastar lo vno sin lo otro. Plura tradit Rolãdus á Valle consil.35.n.10, & 20, lib.1. Tiraq de iure maritali glos.7, n.37. Surdus decis.47, n.9. Petrus Barbosa in l. *Diuorcio*. §. *Ob donationes*, nu.14, ff. soluto matrimonio, Menochius de præsumpt. lib.6. præsump.99.n.43. Luego para que aprouechasse la prueua de la dicha excepcion se deuio alegar. Luego sino aprouechara su probança hecha despues de la sentencia, necessariamente se huuo de alegar y prouar antes de la sentencia, para q̃ aprouechasse.

15 Lo qual se haze mas llano, porque supuesta la naturaleza de la sentencia de remate de qua sup. n.13. si dieramos, que la excepcion de nulidad, o injusticia, que se alegò in corpore executionis, no se pudiera alegar, ni insistir en ella despues

despues de la sentencia, nunca se pudiera dezir de nulidad o injusticia contra la sentencia de remate; porque no pudiẽdose alegar post sententiã, lo q̃ se alegò ante sententiã, ni pudiendose alegar otra cosa de nueuo, no viene a quedar remedio alguno, ergo ex omni capite prædicta remedia manerent seclusa, quod nullus dicet.

16 Y abstrayendo de los inconuenientes referidos, que a mi ver son bastantes, y aun necessarios para el intento, se haze mas conocido aduirtiendo, que no ay fundamento de derecho para dezir, que la excepciõ, que se opuso dum controuertitur causa, no se pueda oponer despues de sentencia para impedir la execucion, con tal que sobre la dicha excepcion no aya cosa juzgada, o porque la sentencia que se executa es vnica, y no pasada en cosa juzgada, sino de naturaleza exequible, o porque la excepcion fue solo modificatiua de la demanda, y no totalmente exclusiua, y no huuo determinacion especial sobre ella, o porque la tal excepcion se opuso en segunda, o tercera instãcia, y assi no pudo auer tres sentencias sobre ella, formalis tex. in l. sin autem 8. §. si quocũq; 2. ff de neg. gest. ibi: *Si quocũq; modo ratio cõpensationis habita nõ est à iudice, potest cõtrario iudicio agi*: cũ alijs pluribus adductis â Salgado de regia protect. 4. p. c. 7 n. 39. & 80. & 3. p. cap. 9. n. 234. & 4. p. cap. 3. n. 233. apud quem plura, & reputo infalibilem Azeued. cons. 23. n. 46. ibi: *Quibus nõ obstat dicere nullitates has iam in gradu appellationis fuisse introductas, & decissas cum appellationibus ipsis, quoniã id nõ fuit decissum in sentẽtijs, neq; in eis declaratũ super hoc*. Rodriguez de execut. c. 2. n. 41. & c. 6 n. 27. de quo infra. n. 18. & 19. Paul. in l. duobus, 19. ff. de exceptio. rei iudi. Auendaños in tract. de exceptio n. 49. ibi *Itẽ supradictas exceptiones, & alias quas exprimit. d. l. 4. debent admiti, nisi forte antequam proferatur sententia fuerunt allegatæ per reũ in processu, & eis non obstantibus fuit facta condẽnatio; nam si in executione uerũ opponantur, non debet opponens audiri, & obstabit res iudicata. Secus tamen esset, si facta executione, virtute instrumenti .s. reus opposuit aliquã exceptionẽ de supradictis, & non obstante allegatione dictæ exceptionis facta est executio, & satisfactũ est parti, nã si postea reus velit agere via ord. naria cõtra actorem bene poterit*. Paz in praxi. 4. p. to: 1. cap. 3. n. 35.

17 La qual doctrina solo tiene por fundamento, la razon genuina, en que va fundado nuestro intento, nempe, que mientras no ay cosa juzgada en la excepcion que se deduxo in cognitione causæ, ha lugar de oponerla, è insistir en ella in executione sententiæ: porque si huuiesse cosa juzgada en ella no se podria oponer, ni insistir (sino es siendo notoria, vt apparebit infra nu. 22.) lo qual procede quando la excepcion opuesta in corpore causæ mira a total exclusion de la demanda, nec est compatibilis cum sententia, vt intelligatur reseruata, vt de ea discutiatur in executione ipsius sententiæ: porque si in hac suppositione spreta exceptione, proceditur, se entiende caer la sentencia tambien sobre ella, y assi haziendo cosa juzgada en la causa principal, la haze tambien en la excepcion, con que no viene a quedar lugar de boluer a tratar de ella. l. sin autem 8. §. si quocumque 2. ff. de negot. gest. ibi: *Quod si post examinationem reprobatæ fuerint pensationes, verius est quasi re iudicata, amplius agi contrario iudicio non posse, quia exceptio rei iudicatæ opponenda est.* Vvesenuech. ad tit. de except. nu. 11. ibi: *Postquam autem conclusum est in causa exceptiones non audiuntur, vt nec post sententiam, quæ transiuit in rem iudicatam, nec appellatione est suspensa.* Salgado de regia protect. 4. p. cap. 7, n. 82. 83. & 84.

18 De que se infiere, con toda llaneça, que quando la excepcion opuesta dum discutitur causa principalis, aun mira a total exclusion de ella, neque est compatibilis cum sententia, si la que se dio in causa principali no haze cosa juzgada, tampoco ay cosa juzgada en la excepcion; y assi caso que la sentencia sea exequible sin auer pasado en cosa juzgada, la excepcion se podra oponer per viam actionis, para que se declare por nulo lo actuado, y la sentencia, y tambien per viam exceptionis, para impedir la execucion de la tal sentencia, ex traditis á D. Couar. in pract. cap. 24. n. 7. Porque si algo pudiera impedir el tratar, ê insistir en la excepcion, fuera el auer cosa juzgada en ella, vt dictum est supra n. 16. & 17. Luego si no ay cosa juzgada; no ay nada que impida la oposicion, è insistencia, luego la excepcion de injusticia, o nulidad, que se opuso in corpore

re

re executionis, se puede oponer, è insistir en ella ad impediendam executionem, vel vt nulla declaretur, pues no ay cosa juzgada en ella. Sic resoluit indiuidualiter. l. duobus. 19. ff de except. rei iudi. cum reliquis adductis n. 17. sed præcipue ex Auendaño, Rodriguez de execut. cap. 2. num. 41. ibi: *Quæ tamen ampliatio dificilis videri potest ex eo, quia exceptio opposita in processu non potest opponi executioni sententiæ. Sed nihilominus illa ampliatio vera est, nec obstat. d. l, sin autem. §. si quoscunque. 2. procedit enim vbi fuisset plene cognitum in iudicio de exceptione.* Paul. de Castro in d. l. duobus. 19 ff. de except. rei iudi. ibi: *Nam si non fuisset cognitum, sed exceptio repulsa, non prohiberetur deduci per viam agẽdi, vt in l. sin autem. §. si. de nego gest. idem si cognitum, sed non plene, vt in iudicio summario.* Que ninguno ay que mas propriamente se diga assi, que la via executiua. Luego indiuidual decision es de la duda, pues la excepcion vna vez deducida in corpore viæ summariæ se puede boluer a oponer a la execucion de la sentencia.

19 Y si se replicare, que aunque las sentencias de remate no causan cosa juzgada, con todo parece que la causan pues se executan sin embargo como la que la causó, y que assi en quanto à las excepciones, que se opusieron in corpore executionis, siendo totalmente exclusiuas de la causa, parece que ay cosa juzgada en ellas, y ansi no se podran boluer a oponer, ni insistir en ellas. Respondo que es muy diferente el tener real, y verdaderamente fuerça de cosa juzgada, y el tener solo algunas propriedades de tal; porque en lo primero se cierra de tal suerte la puerta a las excepciones (exceptis notorijs de quibus infra numero 22.) quod amplius de eis non agitur, pero no en lo segundo; pues vemos, que se conoce de las excepciones, que se oponen contra la sentencia de remate, aunque no sean euidentes, nec offeratur probatio in continenti ante el mesmo juez à quo en via ordinaria, o en summaria, ante el juez ad quem: Rodriguez de execut. cap. 6. num. 27. ibi: *Vnum tamen nunc cum eodem Parladorio num. 52. singulariter aduertendum erit, quod si præter has exceptiones à nobis propositas, & declaratas, alias aduersus*

executionem opponi contingerit ad eam impediendam, & non admitantur, sed reijciantur, in ipsa executiua via; ius integrum reo manere, vt via ordinaria experiundi habeat facultatem, neque enim iudicium hoc extraordinarium parit exceptionem rei iudicatæ in via ordinaria, neque est impedimento quominus reus ex integro reppetere valleat solutum. Auendañus relatus supra num.16. con que en quanto a el conocimiento de las excepciones en ninguna manera corren parejas la sentencia de remate, y la que passô en cosa juzgada, vt expressè Auendañus relatus sup.num. 16. & in eod. tract. de except.num.58. ibi: *Item nota quod exceptio nullitatis notoriæ, & euidentis iniquitatis etiam contra tres sententias potest proponi*, de suerte, que juzgo por llano que las dichas excepciones se admitan contra la sentencia de remate, y por ampliacion, a mayor dificultad, que se admitan contra tres sentencias conformes, luego considero diferencia. Ademas, que contra aquella se admite tambien excepcion; quæ probatur in continenti, y contra esta la que consta de los mesmos actos solamẽte, vt supra n.8. & 9. y assi solo se parifican en quanto a executarse sin embargo, & adde dicta sup.n.18.in fi.

20 Lo segundo respondo, que es muy compatible, que aya, o se entienda auer cosa juzgada en quanto a la causa principal, y no en quanto a las excepciones, vt supra num.16. & 17. y assi en la via executiua se entiende auer cosa juzgada en quanto a lo principal nempe si se obligò, o no el reo, por la euidencia de el instrumẽto en que se ha de fundar, pero no en quanto a las excepciones vt in dicto n.16. y ansi en estas se puede insistir, aunque no en la obligacion principal.

21 Ademas que es muy diferente cosa dezir de nulidad contra el instrumento en que se fundò la via executiua, o dezir de nulidad contra la sentencia de remate, que se fundò en el dicho instrumento, porque aquella está deducida in corpore executionis, pero no esta, y ansi quando aquella no pudiera ser admitida, esta si, pues por ella ya no se dize directè, & immediatè contra instrumentum, sed contra sententiam, y aunque ambas procedan

de

de vn mesmo principio, vt docet Salgado de regia protectione 4. par. cap. 7. nu. 102. con todo no son vna cosa mesma, porq̃ el instrumẽto se dize nulo incidenter respecto de no auer sido otorgado por parte legitima, y la sentencia se dize nula, directè, & per viam actionis, por defecto de prueua de el hecho en que se funda: docet Salgado dicta 4. par. cap. 7. nu. 37. de quo supra num. 6. & cap. 14. num 114. & 115. ibi: *Et ratio est, quoniam licet obligatio originalis sit insolidum, tamen illa, quæ oritur ex sententia, talis non est.* Azeued. consil. 23. num. 46. ibi: *Et si quæ nullitates fuerunt allegatæ cum appellationibus, id incidenter factum fuit, nunc autem principaliter agitantur, quod fieri potest.* Paul. Castrensis in l. duobus, 19. ff. de except. rei iudi. ibi: *Ideo si sucubuit in agendo, repellitur ab excipiendo, licet non è conuerso.* D. Couarr. in pract. cap. 24, n. 7. vbi plenissimè.

22 Y vltimamente caso que la sentencia de remate se cõpare en todo a la que passò en cosa juzgada, sin embargo de auerse alegado qualquiera excepcion en el discurso de la causa, o en el juicio, que despues de sentencia se haze para su execucion, y lo que mas es sin embargo de que aya auido expressa determinacion sobre la dicha excepcion, se puede, y deue admitir por el juez ordinario, y por el mero executor a quien se remitio la execucion, y se deue sobreseer en la execucion hasta que se determine sobre la dicha excepcion, con tal que esta sea notoria, y manifiesta de los mesmos autos; porque todas las reglas generales de derecho tienen falencia quando es notoria injusticia, vel nullitas: ita eleganter, & indiuidualiter Menochius de arbitrarijs lib. 1, quæst. 38. num. 20 ibi: *Sextus casus est quando post latam sententiam, post habitam causæ cognitionem super exceptione, committit iudex nudam facti executionem vt in commissione, quæ fit nuncio: hic enim nullam habet cognitionem aliquarum exceptionum cum merus executor sit, & ratio est quoniam omnis cognitio præcesit, nuda ergo executio superest, quæ sola mandata dicitur.* Y auiendo puesto la resolucion referida, que es la indiuidual de nuestra duda, en el numero 21. pone la excepcion, en que me fundo, ibi: *Declaratur primo non procedere quando notoria esset ex-*

 ceptio.

ceptio. La qual resolucion comprueba con muchos textos, y authoridades, y refierese a otras muchas que trae lib. 2. de arbitrarijs centuria 2. casu 166. vbi plenissimè de vi notorij, que es de tal naturaleza, que nunca se regula por lo general de las exceptiones, que no lo son; concinit Rodrig. cap. 6. n. 18. ibi: *Cæterum exceptionem nullitatis trium sententiarum conformium executionem non impedire docet Couarr. late, & erudite articulum hunc pertractans, quamuis post modum ipse singulariter id limitandum putat, quoties nullitas hæc notoria esset, & ex inspectione actorum facile constaret:* Auendaños de except. ibi: *Item nota quod exceptio nullitatis notoriæ, & euidentis iniquitatis etiam contra sententias potest opponi.* Luego mejor contra vna sentencia, y tan sumaria como la de remate. Y en este mesmo sentido y parecer hablan todos los autores que tratan este punto, y en especial Azeuedo consilio 23. à num. 27. vsque ad finem. Rodrig. d. cap 6. n. 52. Azeued. in l. 3. tit. 21. lib. 4. recopi. n. 7. Gutierr. lib. 1. pract. q. 120. n 5. Curia Philipica, 2. p. §. 21. nu. 3. Zauallos, tom. 5. q fi. n. 4. Et hæc sufficiat, Salua, &c.

Doctor Don Pedro de Medina Rico.